Besluit houdende regels met betrekking tot een net op zee (Besluit schadevergoeding net op zee)

NOTA VAN TOELICHTING

I. Algemeen

1. Doel en aanleiding

Aanleiding voor dit besluit is de wijziging van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: wet), met het oog op het stellen van regels met betrekking tot een net op zee. Met die wijziging wordt onder meer geregeld dat een producent die elektriciteit opwekt met windmolens op zee recht heeft op een schadevergoeding in bepaalde gevallen waarin het net op zee niet beschikbaar is voor transport van geproduceerde elektriciteit. In de wet is tevens voorzien in een grondslag voor het stellen van nadere regels bij of krachtens algemene maatregel van bestuur over het recht op schadevergoeding en de bestanddelen waaruit deze bestaat. Met dit besluit worden die nadere regels gesteld.

2. Totstandkoming wetsvoorstel en relatie met wetsvoorstel STROOM

De inhoud van het voorliggende besluit is ontleend aan een ontwerp voor een algemene maatregel van bestuur dat uitvoering gaf aan het wetsvoorstel voor een Elektriciteits- en gaswet (Kamerstukken II 2014/15, 34 199, nrs. 1-3 en Kamerstukken I 2015/16, 34 199, C). Bij de totstandkoming van dat wetsvoorstel en de bijbehorende regelgeving zijn veel verschillende organisaties en burgers betrokken door middel van een open en interactief proces waarbij zij inbreng hebben geleverd. Het besluit is niet in werking getreden omdat het genoemde wetsvoorstel door de Eerste Kamer is verworpen.
De inhoud van dit besluit komt overeen met de artikelen over schadevergoeding voor het net op zee in het genoemde ontwerpbesluit. In de tekst van de artikelen zijn ten opzichte van dat ontwerp wijzigingen aangebracht voor zover dat nodig is om aansluiting op de Elektriciteitswet 1998 te borgen.

3. Invulling van het wettelijk recht op schadevergoeding

Artikel 16f, eerste lid, van de wet bepaalt dat producenten recht hebben op een vergoeding van schade door de netbeheerder van het net op zee, indien dat net geheel of gedeeltelijk te laat wordt opgeleverd, of indien het net om andere redenen dan normaal te verwachten onderhoud niet beschikbaar is. In artikel 2 van dit besluit is het recht op schadevergoeding nader uitgewerkt. Zo is geregeld dat een producent aanspraak kan maken op de vergoeding indien de funderingen van het windpark reeds zijn aangelegd en, indien zijn windpark niet gebruiksklaar is, wanneer hij aannemelijk kan maken dat het windpark wel gebruiksklaar was geweest indien geen schadebeperkende maatregelen waren genomen. Concreet betekent dit dat de producent in ieder geval moet aantonen dat de funderingen waren aangelegd ten tijde van de te late oplevering of de onderbreking van het transport van elektriciteit. De producent heeft dan in twee gevallen recht op schadevergoeding.
Ten eerste wanneer het windpark gebruiksklaar is. Daarvan is sprake als de windturbines op de funderingen zijn geplaatst en de kabels van de windturbines naar het platform van het net op zee zijn gelegd en aangesloten. In dit geval is het duidelijk dat er schade (gederfde opbrengst) is.
In het tweede geval is het windpark niet gebruiksklaar omdat de producent vanwege de inmiddels gebleken vertraging van het net op zee zijn turbines en kabels nog niet heeft geplaatst om (grotere) financiële of fysieke schade te voorkomen. In dit geval dient de producent aan te tonen dat het windpark wel gebruiksklaar was geweest als het net op zee niet vertraagd zou zijn geweest.
Als gevolg van deze systematiek kan een vertraging in de bouw van het windpark daarom tot gevolg hebben dat geen of geen volledig recht op schadevergoeding op grond van artikel 16f van de Elektriciteitswet 1998 ontstaat.

Het wettelijk recht op schadevergoeding geldt slechts indien een causaal verband bestaat tussen niet-beschikbaarheid van het net en geleden schade. Hieraan wordt in dit besluit ook invulling gegeven, doordat wordt bepaald wat wordt verstaan onder het begrip "het voor de ontsluiting van het windpark noodzakelijk deel van het net op zee".
Artikel 16f, eerste lid, onderdeel b, van de wet bepaalt dat slechts schadevergoeding verschuldigd is indien de hoeveelheid elektriciteit die niet kon worden getransporteerd groter is dan de hoeveelheid elektriciteit die tijdens redelijkerwijs noodzakelijk onderhoud niet kan worden getransporteerd. Met dit besluit wordt tevens het begrip "redelijkerwijs noodzakelijk onderhoud" ingevuld.

4. Hoogte van de vergoeding

Het tweede lid van artikel 16f van de Elektriciteitswet 1998 bepaalt dat de verschuldigde vergoeding bestaat uit gevolgschade en de schade van de gederfde of uitgestelde inkomsten. Ook hierover worden nadere regels gesteld in dit besluit. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen schade als gevolg van te late oplevering van het net en schade als gevolg van niet-beschikbaarheid na de oplevering van het net op zee. Verschillende aspecten van die regeling behoeven uitwerking. In dit besluit wordt vastgelegd dat slechts het deel van het net op zee in ogenschouw wordt genomen dat voor de ontsluiting van het park noodzakelijk is. Om te bepalen of vertraging in de aanleg van het net op zee de enige reden is voor de vertraging wordt het moment waarop de fundering van het windpark klaar is, gezien als het moment waarop het windpark klaar is of had kunnen zijn.
Het recht op schadevergoeding bij niet-beschikbaarheid van het net op zee wordt op grond van de wet beperkt door jaarlijks een periode uit te zonderen ten behoeve van onderhoud van het net. In dit besluit wordt vastgelegd dat die periode vijf dagen per jaar is.
De kosten die op basis van deze regeling voor vergoeding in aanmerking komen zijn afhankelijk van de situatie. Bij te late oplevering van het net op zee betreft dat uitgestelde inkomsten en de gevolgschade. Bij niet beschikbaarheid van het net komen gemiste inkomsten uit elektriciteitsverkoop en gevolgschade voor vergoeding in aanmerking. Zowel bij te late oplevering van het net op zee als bij niet-beschikbaarheid is een belangrijk onderdeel van het bepalen van de hoogte van eventuele schadevergoeding het bepalen hoeveel elektriciteit het windpark had kunnen produceren. Dit wordt bepaald op basis van gegevens over de windsnelheid en gegevens over de hoeveelheid elektriciteit die het windpark kan produceren bij elke windsnelheid. Bij ministeriële regeling zal hiervoor een rekenmodel worden uitgewerkt. Voor een nadere toelichting over de schadevergoeding wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting bij de artikelen 1.1. tot en met 1.3.

5. Aard van de vergoedingsplicht

De verplichting tot betaling van de vergoeding ontstaat op grond van artikel 16f van de Elektriciteitswet als voldaan is aan de voorwaarden van dat artikel. De verplichting tot het betalen van een schadevergoeding is derhalve een verbintenis in de zin van artikel 1 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek. Indien een geschil bestaat over de vraag of in een bepaald geval schadevergoeding verschuldigd is of over de hoogte van het verschuldigde bedrag is de burgerlijke rechter bevoegd daarover te beslissen.

6. Bedrijfseffecten

Zoals in paragraaf 2 uiteen is gezet zijn de artikelen van dit besluit ontleend aan een ontwerp van een algemene maatregel van de bestuur die invulling gaf aan de artikelen van het wetsvoorstel een Elektriciteits- en gaswet. De effecten van dat ontwerp zijn in kaart gebracht door middel van een bedrijfseffectentoets die door Ecorys en Van Zutphen Economisch Advies is uitgevoerd. Onderhavig besluit bevat alleen de elementen ten aanzien van de vergoeding van schade die zijn overgenomen uit het voormelde ontwerpbesluit. Om deze reden is geen nieuwe toets uitgevoerd. Hieronder worden de conclusies weergeven ten aanzien van de regeldrukeffecten en markteffecten. Het besluit heeft naar verwachting geen effecten voor de regeldruk.

De wet draagt bij aan een beter investeringsklimaat voor windenergie op zee door het wegnemen van een aantal onzekerheden rondom de realisatie van het net op zee (verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid, bekostiging), hoewel onzeker is of dit alle bestaande belemmeringen voor de gewenste investeringen wegneemt. De gekozen systematiek voor bekostiging heeft duidelijk marktverstorende elementen, maar dit is momenteel nog altijd inherent aan de ontwikkeling van duurzame energie. Het besluit heeft naar de mening van Ecorys en Van Zutphen Economisch Advies geen majeure additionele markteffecten ten opzichte van de wet.

7. Internetconsultatie

De artikelen van dit besluit zijn eerder opgenomen geweest in een conceptbesluit dat invulling moest geven aan de bepalingen van het wetsvoorstel voor Elektriciteits- en gaswet (Kamerstukken II, 2014/15, 34199, nr. 2). Het onderhavige besluit bevat de onderdelen voor de schadevergoeding wind op zee uit dat conceptbesluit. Destijds is het conceptbesluit in een open en interactief proces door de betrokkenheid van verschillende organisaties tot stand gekomen. Deze interacties bestonden bijvoorbeeld uit gesprekken met belanghebbenden en door middel van een informele consultatie begin februari 2015 gevolgd door een internetconsultatie. Een conceptvoorstel van het besluit met de nota van toelichting is eind februari tot eind maart 2015 via internetconsultatie.nl geconsulteerd. Op internetconsultatie.nl is in een uitgebreid verslag beschreven of en hoe de verschillende punten in dat conceptbesluit zijn verwerkt.

8. Uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets ACM

Bij de voorbereiding van het ontwerpbesluit waaraan de bepalingen van dit besluit zijn ontleend is intensief samengewerkt met ACM. Als sluitstuk van dit proces is dat besluit door ACM getoetst op handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid. Onderhavig besluit bevat alleen de elementen ten aanzien van de vergoeding van schade die zijn overgenomen uit het voormelde ontwerpbesluit. Over deze artikelen heeft ACM in de uitvoerings- en handhavingstoets bij het ontwerpbesluit geen opmerkingen gemaakt. Onderhavig besluit is om deze reden niet voorgelegd aan ACM.

Uitvoeringslasten

Ten aanzien van de uitvoeringslasten heeft ACM bij het wetsvoorstel Elektriciteits- en gaswet ingeschat dat de wijziging van regelgeving ten aanzien van het net op zee leidt tot incidentele uitvoeringslasten van € 200.000 per jaar voor een periode van drie jaar en dat de totale structurele uitvoeringslasten € 540.000 per jaar bedragen. ACM heeft aangegeven dat inschatting van deze lasten voor de wijziging van de Elektriciteitswet 1998 waarop dit besluit is gebaseerd, niet wijzigen. Deze uitvoeringslasten gelden voor zowel de wijziging van de Elektriciteitswet 1998, onderhavig besluit en de op dit besluit te baseren ministeriële regeling. Een toedeling naar wet, besluit of regeling is niet mogelijk.

Met deze toets is invulling gegeven aan artikel 6 van de regeling Gegevensuitwisseling ACM en ministers die haar grondslag heeft in de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt.

9. Parlementaire betrokkenheid

Het ontwerp van dit besluit is overeenkomstig artikel 16f, vijfde lid, van de wet gezonden aan beide Kamers der Staten-Generaal. [PM: uitkomsten voorhangprocedure.]

II. Artikelen

Artikel 2

Op grond van artikel 16f van de wet hebben producenten een recht op vergoeding van schade die is ontstaan door niet-beschikbaarheid van het net op zee. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen situaties waarin het net op zee te laat is opgeleverd en situaties waarin dat net na voltooiing niet beschikbaar is. Van te late oplevering is sprake indien het net niet gereed is op de datum die daarvoor in het door de Minister vastgestelde ontwikkelkader is opgenomen. De producent komt in dat geval voor een vergoeding in aanmerking, mits het windpark op dat moment gereed is of had

kunnen zijn. Het eerste lid bepaalt dat een producent slechts recht heeft op schadevergoeding indien de funderingen van het windpark gereed zijn en de vertraging in de realisatie van het net op zee de enige reden is dat het windpark niet gereed is. De toets of de funderingen gereed zijn is hierbij het belangrijkste. Voor het overige is het voldoende als de producent aannemelijk kan maken dat het windpark gereed zou zijn geweest als het net op zee niet vertraagd zou zijn. Concreet betekent dit dat als (een deel van) het windpark zelf ook vertraagd is, geen (volledig) recht op schadevergoeding ontstaat.

Bij het vaststellen of sprake is van niet-beschikbaarheid van het net wordt, als gevolg van het derde lid, alleen gekeken naar het voor de ontsluiting van het windpark noodzakelijke deel van het net op zee, zijnde alle componenten tussen het windpark en het transformatorstation op land. Het gaat dus enerzijds niet alleen om de aansluiting of het betreffende platform, maar ook om de verbinding naar land. Hiermee is duidelijk dat het al dan niet te laat opleveren van andere delen van het net op zee, bijvoorbeeld een ander platform, niet in ogenschouw worden genomen. Tevens wordt bepaald dat bij het voor de ontsluiting van het windpark noodzakelijke deel van het net op zee alleen wordt gedoeld op het net met het minimale vermogen zoals opgenomen in het door de Minister vastgestelde ontwikkelkader. Het is van belang om dit vast te stellen, omdat de producenten zal worden toegestaan meer vermogen aan windmolens op te stellen dan dat er transportcapaciteit is (zie Kamerstukken II 2014/15, 33 561, nr. 19). Dit kan voor de producent schaalvoordelen en een optimalere benutting van de beschikbare transportcapaciteit opleveren. De windmolens produceren immers lang niet altijd op vol vermogen. Of gebruik gemaakt wordt van deze ruimte is aan de producent, waarbij er geen garantie is dat het extra vermogen op momenten van maximale productie getransporteerd kan worden. Het is dan niet de bedoeling dat via een schadevergoeding alsnog een virtuele transportgarantie wordt geboden. Daarom wordt expliciet gerefereerd aan de minimale capaciteit opgenomen in het ontwikkelkader, waardoor duidelijk is dat binnen de context van de schadevergoeding geen garantie bestaat op transport van elektriciteit boven deze minimale capaciteit. Dit geldt zowel voor te late oplevering als bij niet-beschikbaarheid van het net op zee.

Ook bij niet-beschikbaarheid van het net op zee ontstaat een recht op schadevergoeding, behalve bij een beperkte onderbrekingsduur per jaar die gerelateerd is aan de gemiddelde onderhoudsduur per jaar en die voor rekening van de producent komt. Immers ook als de producent zelf de verbinding naar het hoogspanningsnet op land zou aanleggen en beheren zou er sprake zijn van niet-beschikbaarheid door (periodiek) onderhoud. Daarnaast geeft dit aan de producent een prikkel om zijn onderhoud zo veel mogelijk af te stemmen op het onderhoud van het net. Anderzijds is het aan partijen om in onderlinge communicatie te komen tot een planning voor onderhoud aan het net op zee waarmee het verlies aan opbrengsten van het windpark zoveel mogelijk wordt beperkt, bijvoorbeeld door bij de planning van het onderhoud aan het net op zee zo veel mogelijk rekening te houden met windrijke en –arme periodes.
De verwachting is dat het onderhoud gemiddeld ongeveer vijf dagen per jaar per kabel vergt. Aangezien de platforms naar verwachting met twee kabels worden verbonden met het land is de verwachte gemiddelde onderhoudsduur tien dagen per jaar waarin vijftig procent van de transportcapaciteit beschikbaar is. Om die reden wordt bepaald dat pas een recht op schadevergoeding ontstaat indien de omvang van het gemiste transport in een kalenderjaar groter is dan de hoeveelheid elektriciteit die op basis van het productieprofiel van het windpark gemiddeld genomen in vijf dagen kan worden geproduceerd. Deze hoeveelheid is gelijk aan 1,37% (5/365) van het jaarlijkse aantal vollasturen van het windpark, welke laatste ook wel aangeduid wordt als de netto P50-waarde vollasturen. De netto P50-waarde vollasturen is het aantal vollasturen, waarbij de verwachte jaarlijkse energieproductie voor een gegeven combinatie van locatie en productie-installatie voor de productie van hernieuwbare elektriciteit met behulp van windenergie dient te zijn bepaald met een waarschijnlijkheid van 50%. De netto P50-waarde vollasturen geeft de producent op ten behoeve van zijn aanvraag voor subsidie op grond van het Besluit stimulering duurzame energieproductie (SDE).

Artikelen 3 en 4
Welke kosten in aanmerking komen voor vergoeding is afhankelijk van de situatie.
Bij te late oplevering van het net op zee betreft dat uitgestelde inkomsten en de gevolgschade. Onder gevolgschade wordt verstaan alle financiële gevolgen die een causaal verband hebben met de te late oplevering of niet-beschikbaarheid van het net op zee. Daartoe behoren in ieder geval kosten die zijn gemaakt door de producent om schade te beperken en eventuele extra kosten voor (het inhuren van) materieel, personeel en opslag. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een schip dat opnieuw ingehuurd moet worden om op een later moment de windmolens alsnog te installeren. Het is aan de producent om aannemelijk te maken dat het maken van de betreffende kosten noodzakelijk is waren ter beperking van de schade. Financieringslasten worden niet als gevolgschade gezien. Die lasten worden gedekt door de uitgestelde inkomsten te vergoeden.
De uitgestelde inkomsten worden berekend door de gemiste inkomsten te bepalen, er vanuit te gaan dat de subsidie-inkomsten aan het eind van de periode waarin voor het windpark SDE-ontvangen wordt alsnog worden genoten, zijnde 16 jaar later, en dat de elektriciteitsverkoop aan het einde van de levensduur van het windpark nog wordt gerealiseerd, zijnde 20 jaar later. Bepaald wordt wat de producent dan netto contant misloopt aan inkomsten. Hierbij wordt uitgegaan van een discontovoet van 7% per jaar. Over een periode van 16 jaar betekent dit de facto dat wat de producent netto contant misloopt aan inkomsten gelijk is aan de gemiste subsidie-inkomsten minus de gemiste subsidie-inkomsten gedeeld door 2,95. Over een periode van 20 jaar gaat het om de gemiste elektriciteitsverkopen minus de gemiste elektriciteitsverkopen gedeeld door 3,87. De discontovoet van 7% is de discontovoet die thans bij de SDE wordt gehanteerd. In de systematiek van de SDE wordt deze discontovoet op de gehele subsidiabele periode toegepast. Op die manier liggen de uitgangspunten voor de subsidieperiode vast en weet de subsidieontvanger waar hij kan op rekenen. Zolang SDE wordt verleend aan windparken op zee, wordt voor het bepalen van de hoogte van de uitgestelde inkomsten gerekend met de parameters die in de SDE worden gehanteerd. Mocht de gebruikte discontovoet bij de SDE wijzigen dan zal voor windparken die subsidie op grond van de SDE ontvangen waarbij de gewijzigde discontovoet is toegepast, voor die windparken derhalve voor het berekenen van de uitgestelde inkomsten de gewijzigde discontovoet worden gehanteerd en zal het derde lid overeenkomstig worden gewijzigd.

Bij niet-beschikbaarheid komen gemiste inkomsten uit elektriciteitsverkoop, schade door uitgestelde SDE inkomsten en gevolgschade voor vergoeding in aanmerking. De SDE kent voldoende flexibiliteit om het mislopen van SDE inkomsten bij niet-beschikbaarheid te voorkomen. Het is echter wel aannemelijk dat niet-beschikbaarheid ertoe leidt dat de SDE inkomsten worden uitgesteld. Vanwege de flexibiliteit in de SDE is het op voorhand niet mogelijk exact aan te geven hoelang de SDE inkomsten worden uitgesteld, maar kan wel een gemiddelde worden berekend. Dit gemiddelde uitstel is 5 jaar, aangezien de niet-beschikbaarheid van TenneT gemiddeld halverwege de subsidieperiode van 15 jaar zal plaatsvinden en er vanwege de flexibiliteit in de SDE maar gedeeltelijk, ongeveer twee derde van de gevallen, sprake zal zijn van uitgestelde inkomsten. De uitgestelde SDE inkomsten worden daarom berekend door er vanuit te gaan dat de SDE inkomsten na 5 jaar alsnog worden genoten. Bepaald wordt wat de producent dan netto contant misloopt aan inkomsten. Hierbij wordt uitgegaan van een discontovoet van 7% per jaar. Over een periode van 5 jaar betekent dit de facto dat wat de producent netto contant misloopt aan inkomsten gelijk is aan de gemiste SDE inkomsten minus de gemiste SDE-inkomsten gedeeld door 1,4.
De schadevergoeding wordt berekend door de hoeveelheid elektriciteit in kilowattuur die niet getransporteerd kan worden te vermenigvuldigen met de elektriciteitsprijs die op grond van het Besluit stimulering duurzame energieproductie wordt vastgesteld en daar de schade door uitgestelde SDE inkomsten en gevolgschade bij op te tellen. Zowel bij de elektriciteitsverkoop als bij de uitgestelde SDE inkomsten wordt buiten beschouwing gelaten een hoeveelheid elektriciteit ter grootte van een hoeveelheid die in vijf dagen kan worden getransporteerd (zie toelichting hierboven). Niet-beschikbare transportcapaciteit leidt alleen tot vergoeding voor zover met het windpark de elektriciteit geproduceerd had kunnen worden zonder de niet-beschikbaarheid. Ook bij niet-beschikbaarheid worden financieringslasten niet als gevolgschade gezien.

Zowel bij te late oplevering van het net op zee als bij niet-beschikbaarheid is een belangrijk onderdeel van het bepalen van de hoogte van eventuele schadevergoeding het bepalen hoeveel elektriciteit het windpark had kunnen produceren, de gemiste elektriciteitsproductie. Dit wordt berekend op basis van de windsnelheid, gegevens over hoe veel het windpark kan produceren bij welke windsnelheid (het productieprofiel van het windpark) en tijd waarin het net op zee niet of verminderd beschikbaar was. Het kan zijn dat het windpark ten tijde van het niet of verminderd beschikbaar zijn van net op zee niet optimaal kon produceren wegens productiebeperkingen van het windpark zelf. De uitkomst van de eerdergenoemde berekening wordt verminderd met de hoeveelheid elektriciteit die het windpark wegens eigen beperkingen niet kon produceren. Indien het net op zee verminderd beschikbaar is, wordt de hoeveelheid elektriciteit die wel kon worden getransporteerd ook in mindering gebracht op. Het kan zijn dat er onvoldoende gegevens zijn om de windsnelheid en het productieprofiel vast te stellen. In dat geval wordt de gemiste elektriciteitsproductie op een andere wijze berekend. Bij ministeriële regeling wordt vastgelegd hoe de windsnelheid en de windrichting moeten worden bepaald en zal een rekenmodel worden uitgewerkt als voor het vaststellen van de windsnelheid en het productieprofiel onvoldoende gegevens beschikbaar zijn.
Daarnaast is bij te late oplevering van het net op zee als ook bij niet-beschikbaarheid de wettelijke rente van toepassing vanaf het moment dat de schade ontstaat.

Om de betrouwbaarheid van vaststellingen van de hoogte van het recht op schadevergoeding te borgen wordt bepaald dat de berekening en de gegevens waarop de berekening is gebaseerd wordt gecontroleerd door een onafhankelijk accountant. Dit is ook van belang voor de netbeheerder op zee die zich zal moeten vergewissen van de correctheid van eventuele claims alvorens tot betaling over te kunnen gaan.

De Minister van Economische Zaken,